



Sygn. akt III CSKP 105/21

## **WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

Dnia 18 listopada 2021 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Marta Romańska (przewodniczący)

SSN Monika Koba (sprawozdawca)

SSN Roman Trzaskowski

w sprawie z powództwa P. S.A. w G.  
przeciwko Województwu [...] - [...] Zarządowi Dróg Wojewódzkich w [...] o zapłatę,  
po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Cywilnej  
w dniu 18 listopada 2021 r.,  
skargi kasacyjnej strony powodowej  
od wyroku Sądu Apelacyjnego w [...] z dnia 29 kwietnia 2019 r., sygn. akt I AGa [...]

**uchyla zaskarżony wyrok i przekazuje sprawę Sądowi  
Apelacyjnemu w [...] do ponownego rozpoznania oraz  
rozstrzygnięcia o kosztach postępowania kasacyjnego.**

### **UZASADNIENIE**

Wyrokiem z dnia 23 stycznia 2018 r. Sąd Okręgowy w K. oddalił powództwo P. S.A. w G. przeciwko Województwu (...) – (...) Zarządowi Dróg Wojewódzkich w [...] o zapłatę kwoty 1.490.488,56 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 9 marca

2014 r. i z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 1 stycznia 2016 r. tytułem różnicy między ryczałtową wartością wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane w kwocie 117.053.926,79 zł, a wartością obmiarową ustaloną przez powoda w kwocie 115.563.438,23 zł.

Sąd pierwszej instancji ustalił, że w dniu 27 stycznia 2012 r. strony zawarły umowę o roboty budowlane dotyczącą budowy obwodnicy K. na drodze wojewódzkiej nr (...). Powód zobowiązał się do wykonania przedmiotu umowy na dzień 31 sierpnia 2013 r., zgodnie ze stanowiącymi integralną część umowy przedmiarami robót, projektami budowlanymi i wykonawczymi, szczegółowymi specyfikacjami technicznymi oraz harmonogramem rzeczowo - finansowym. Odbiór robót miał nastąpić w ciągu czternastu dni od daty zawiadomienia zamawiającego o osiągnięciu gotowości do odbioru. Za wykonanie robót strony ustaliły wynagrodzenie zgodnie z ofertą na kwotę 116.400.255,83 zł brutto, które obejmowało wszystkie koszty związane z ich wykonaniem i miało nie podlegać waloryzacji do końca trwania umowy (§ 7). Rozliczenie prac miało następować rachunkami miesięcznymi za wykonane roboty potwierdzonymi przez inżyniera kontraktu, do kwoty nie większej niż 90% wartości robót. Rozliczenie wykonawcy miało nastąpić fakturą końcową po zakończeniu całości robót i ich odbiorze (§ 11 ust. 1, 2, 3). Termin zapłaty faktury został określony na 30 dni od daty dostarczenia zamawiającemu dokumentów rozliczeniowych oraz spełnieniu przez wykonawcę wymogów z § 11 ust. 5 i 6. Zmiany umowy wymagały formy pisemnej pod rygorem nieważności (§ 14).

Strony uzgodniły także, że zamawiający będzie zobowiązany do zapłacenia wykonawcy kary umownej za odstąpienie od umowy z przyczyn, za które ponosi odpowiedzialność, w wysokości 10% wynagrodzenia określonego w § 7 ust. 1 umowy (§ 9 ust. 1 a). Wykonawca był uprawniony do odstąpienia od umowy, jeżeli zamawiający odmawiał bez uzasadnionej przyczyny odbioru robót lub podpisania protokołu odbioru (§ 10 ust. 2 pkt 2). W przypadku odstąpienia od umowy wykonawca miał obowiązek, przy udziale zamawiającego, sporządzić szczegółowy protokół inwentaryzacji robót w toku, według stanu na dzień odstąpienia, oraz zgłosić do odbioru roboty przerwane i zabezpieczające (§ 10 ust. 3 pkt 1, 4).

W instrukcji dla wykonawców stanowiącej część Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”), a następnie jedną z integralnych części umowy, w opisie sposobu obliczenia ceny oferty, wskazano, że zostanie ona wyliczona przez wykonawcę w oparciu o kosztorysy ofertowe metodą kalkulacji uproszczonej, sporządzone na formularzach w oparciu o przedmiary robót zamieszczone w SIWZ. Wykonawca miał określić ceny jednostkowe brutto dla wszystkich pozycji wymienionych w kosztorysach, a wyliczona w oparciu o kosztorysy ofertowe cena brutto miała być przeniesiona wprost do formularza oferty i obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia. Ceny jednostkowe określone przez wykonawcę w ofercie nie podlegały zmianie i waloryzacji w toku realizacji przedmiotu zamówienia. W przypadku rozbieżności pomiędzy treścią SIWZ a treścią udzielonych odpowiedzi jako obowiązującą należało przyjąć treść pisma zawierającego późniejsze oświadczenie zamawiającego. W trakcie postępowania przetargowego odpowiadając na pytania oferentów dotyczące wątpliwości związanych z charakterem kontraktu tj. obmiarowym rozliczanym zgodnie z obmiarem wykonanych przez wykonawcę robót czy też ryczałtowym, za który niezależnie od zmiany zakresu robót przysługuje wykonawcy kwota ryczałtowa podana w formularzu ofertowym, pozwany udzielił odpowiedzi, że chodzi o kontrakt obmiarowy.

Zgodnie ze Specyfikacjami Technicznymi Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (STWiORB) stanowiącymi część SIWZ i integralną część umowy, dla inwestycji miała być prowadzona zaakceptowana przez inżyniera książka obmiarów na podstawie której miało nastąpić rozliczenie faktycznego postępu każdego z elementów robót. Obmiary wykonanych robót miały być prowadzone w sposób ciągły w jednostkach przyjętych w kosztorysie i określały faktyczny zakres wykonanych robót zgodnie z dokumentacją projektową i STWiORB. Obmiaru robót dokonywał wykonawca po pisemnym powiadomieniu inżyniera o zakresie obmierzanych robót i terminie obmiaru, co najmniej na 3 dni przed tym terminem. Wyniki obmiarów miały być wpisywane do książki obmiarów i podlegać akceptacji inżyniera. Przedmiotem ostatecznego odbioru robót była ilość, jakość i wartość robót. Zakończenie robót i zgłoszenie gotowości do ostatecznego ich odbioru wykonawca miał zgłosić wpisem do dziennika budowy oraz pisemnym

zawiadomieniem inżyniera. Odbiór miał nastąpić po potwierdzeniu przez inżyniera zakończenia robót i przyjęciu dokumentów wymienionych w pkt 8.3.1. W trakcie realizacji robót, rozliczenie ilościowe i jakościowe robót następowało miesięcznie w sporządzanych przez wykonawcę raportach kontroli robót zatwierdzanych przez inżyniera kontraktu. Z każdego zakresu wykonanych prac był sporządzany obmiar potwierdzony operatem geodezyjnym. Na podstawie raportów, wykonawca sporządzał tabele płatności ze wskazaniem wartości robót, będących iloczynem ilości wykonanych robót i ich cen jednostkowych z kosztorysu ofertowego. Po weryfikacji przez inżyniera kontraktu tabele te wraz z protokołami odbioru robót stanowiły podstawę do fakturowania przez wykonawcę zrealizowanych robót. Sposób rozliczenia kontraktu jako kosztorysowy do wartości 90% wartości robót na podstawie 24 miesięcznych płatności potwierdził kierownik budowy ze strony wykonawcy.

W dniu 31 maja 2013 r. strony zawarły aneks do umowy (Nr (...)) zmieniający termin jej wykonania na dzień 31 października 2013 r. oraz wynagrodzenie na kwotę 117.053.926,79 zł brutto. Kolejnym aneksem z dnia 31 października 2013 r. (Nr [...]2) strony zmieniły termin wykonania umowy na dzień 8 grudnia 2013 r. Pismem z dnia 7 grudnia 2013 r., które wpłynęło do pozwanego w dniu 9 grudnia 2013 r., powód zgłosił zakończenie robót objętych umową z dnia 27 stycznia 2012 r. oraz umowami dodatkowymi i gotowość do ich odbioru. W dniu 18 grudnia 2013 r. komisja rozpoczęła czynności odbiorowe, stwierdzając wykonanie w całości zasadniczego zakresu robót określonych w dokumentacji technicznej. Prace odbiorowe miały być wznowione po usunięciu przez wykonawcę do dnia 15 stycznia 2014 r. usterek stwierdzonych w załączniku do protokołu. W dniu 20 grudnia 2013 r. inwestor uzyskał pozwolenie na użytkowanie obwodnicy.

W piśmie z dnia 23 grudnia 2013 r. kierownik budowy powoda wezwał pozwanego do dokonania odbioru robót do dnia 27 grudnia 2013 r. W dniu 30 grudnia 2013 r. powód jednostronnie, przy udziale kierownika budowy i kierownika robót, dokonał odbioru robót, sporządzając z tej czynności protokół odbioru. Do dnia 31 maja 2014 r. wykonawca wyznaczył sobie termin usunięcia usterek stwierdzonych w załączniku nr 1 do protokołu. Pozwany odesłał otrzymany

od powoda protokół, informując że wznowienie prac komisji odbiorowej nastąpi po spełnieniu warunków określonych w protokole z dnia 18 grudnia 2013 r. oraz otrzymaniu od wykonawcy rozliczenia końcowego kontraktu. W piśmie z dnia 6 lutego 2014 r. powód poinformował pozwanego, że uzupełnił księgi obmiarów zgodnie z zapisami STWiORB i z pismem przewodnim przekazał je inżynierowi kontraktu do zatwierdzenia. W dniu 6 lutego 2014 r. powód wystawił fakturę końcową na kwotę 13.086.489,65 zł brutto z terminem zapłaty 8 marca 2014 r. Pozwany odesłał ją bez księgowania domagając się przedłożenia faktury uwzględniającej wartość kosztorysu powykonawczego zatwierdzonego przez inżyniera kontraktu, pomniejszonego o wartość dotychczas zafakturowanych i zapłaconych robót oraz oświadczenia wszystkich podwykonawców o uregulowaniu należności.

W piśmie z dnia 19 maja 2014 r. pełnomocnik powoda wezwał pozwanego do odbioru robót oraz podpisania protokołu ich odbioru końcowego w terminie do dnia 2 czerwca 2014 r. z zagrożeniem odstąpienia od umowy na podstawie § 10 ust. 2 pkt 2. Pismem z dnia 4 czerwca 2014 r., które wpłynęło do pozwanego w tym samym dniu, powód odstąpił od umowy na podstawie § 10 ust. 2 pkt 2, z uwagi na odmowę odbioru robót i podpisania protokołu odbioru oraz wezwał pozwanego do zapłaty kary umownej w kwocie 11.705.392,68 zł na podstawie § 9 ust. 1 lit. a umowy.

W dniu 5 czerwca 2014 r. pozwany, bez udziału wykonawcy, sporządził protokół ostatecznego odbioru robót, w którym stwierdzono, że zostały one zakończone w terminie (8 grudnia 2013 r.) i wykonane zgodnie z dokumentacją projektową, projektami zamiennymi, kartami obmiaru potwierdzonymi przez inspektora nadzoru a inwentaryzacja geodezyjna została zlecona przez zamawiającego niezależnej jednostce. Wartość odebranych robót objętych umową z dnia 27 stycznia 2012 r. i aneksem nr [...]1 określono na kwotę 114.510.992,64 zł brutto i wobec wartości robót zafakturowanych na kwotę 104.095.477,14 zł brutto, do zapłaty przez pozwanego i zafakturowania przez powoda pozostała kwota 10.415.515,50 zł brutto. Stwierdzono także, że wynagrodzenie należne wykonawcy objęte umowami dodatkowymi zostało w całości uregulowane.

W dniu 9 czerwca 2014 r. powód sporządził jednostronny protokół inwentaryzacji robót w toku, według stanu na dzień odstąpienia od umowy (4 czerwca 2014 r.) na podstawie § 10 ust. 3 pkt 1 umowy. Stwierdził w nim wykonanie robót na kwotę 115.563.438,23 zł brutto obliczoną według ilości i cen jednostkowych wskazanych w kosztorysie ofertowym.

Wyrokiem z dnia 5 maja 2015 r. Sąd Okręgowy w K. (VII GC (...)) oddalił powództwo powoda przeciwko pozwanemu o zapłatę kwoty 100.000 zł, stanowiącej część kary umownej za odstąpienie od umowy o roboty budowlane. Wyrokiem z dnia 19 listopada 2015 r. Sąd Apelacyjny w (...) oddalił apelację powoda od powyższego wyroku uznając, że nie doszło do skutecznego odstąpienia wykonawcy od umowy. W następstwie skargi kasacyjnej powoda Sąd Najwyższy wyrokiem z dnia 22 marca 2017r. uchylił ten wyrok i przekazał sprawę Sądowi Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania.

W tak ustalonym stanie faktycznym Sąd Okręgowy nie znalazł podstaw do uwzględnienia powództwa.

Mając na względzie treść art. 139 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (jedn. test: Dz.U. z 2019 r., poz. 1843 - dalej: „p.z.p.”), cechy wynagrodzenia kosztorysowego określone w art. 629 k.c., § 18 ust. 2 umowy i pkt 9.2 stanowiącej część SIWZ instrukcji dla wykonawców oraz spoczywający na wykonawcy obowiązek prowadzenia księgi obmiarów, stanął na stanowisku, że wynagrodzenie należne powodowi miało charakter kosztorysowy, a nie ryczałtowy, a przeciwny wniosek nie wynika z § 7 umowy. Potwierdzają to także wyjaśnienia udzielone przez pozwanego w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na zapytania oferentów oraz kosztorysowy sposób rozliczania kontraktu w trakcie wykonywania robót obejmujący 90% ich wartości.

W konsekwencji Sąd Okręgowy uznał, że brak było podstaw do przyjęcia, że ustalone umową wynagrodzenie miało charakter ryczałtowy i należało się wykonawcy w zastrzeżonej umową wysokości (117.053.926,79 zł brutto), bez względu na zakres i wartość faktycznie wykonanych przez niego robót. Zaznaczył, że w następstwie odstąpienia powoda od umowy, każda ze stron we

własnym zakresie dokonała rozliczenia w oparciu o obmiary robót, które się od siebie różnią. Pozwany określił wartość obmiarową robót na kwotę 114.510.992,64 zł i wobec wcześniejszej zapłaty na rzecz powoda kwoty 104.095.477,14 zł, stanął na stanowisku, że do zapłaty pozostała kwota 10.415.515,50 zł. Według obmiarów powoda wartość wykonanych przez niego robót wyniosła 115.563.438,23 zł, co oznacza, że do zapłaty pozostało 11.467.961,09 zł. Różnicy z tego tytułu w kwocie 1.062.548,08 zł powód dochodzi przed Sądem Okręgowym w K. w sprawie o sygn. akt VII GC (...).

Wyrokiem z dnia 29 kwietnia 2019 r. Sąd Apelacyjny w (...) oddalił apelację powoda. Podzielając poczynione przez Sąd Okręgowy ustalenia faktyczne nie podzielił jego oceny, że wynagrodzenie ustalone na rzecz wykonawcy miało charakter kosztorysowy a nie ryczałtowy.

Stwierdził, że ryczałtowy charakter wynagrodzenia jednoznacznie wynika z literalnego brzmienia § 7 ust. 1 umowy, który stanowi, że za wykonanie przedmiotu umowy określonego w § 1 strony ustalają wynagrodzenie w wysokości 116 400 255, 83 zł (brutto). Identycznie brzmiący zapis znalazł się w aneksie nr [...]1 z dnia 31 maja 2013 r, z zaznaczeniem, że jest to zmiana § 7 ust. 1 umowy polegająca na podwyższeniu wynagrodzenia do kwoty 117 053 926,79 zł. Tak określone wynagrodzenie musi być rozumiane jako ryczałt, gdyż jest sumą całkowitą (art. 632 § 1 k.c.). Jego istotą jest uzgodnienie przez strony oznaczonej kwoty, należnej przyjmującemu zamówienie jako ekwiwalent za wykonanie dzieła (robót), bez względu na rozmiar świadczonych prac i wartość poniesionych kosztów. Co do zasady kwota wynagrodzenia ryczałtowego nie podlega modyfikacjom w trakcie wykonywania umowy, czy też po jej wykonaniu.

Wskazał, że ocenę tę wzmacnia treść § 7 ust. 2 umowy, zgodnie z którym, wynagrodzenie obejmuje wszystkie koszty związane z wykonaniem robót i nie podlega waloryzacji do końca trwania umowy. Wprawdzie postanowienia umowy z dnia 27 stycznia 2012 r. muszą być interpretowane z uwzględnieniem innych dokumentów, które zgodnie z § 18 ust. 2 stanowią jej integralną część, jednak § 9 ust. 2 rozdziału 2 SIWZ, który stanowi, że cena oferty zostanie wyliczona przez wykonawcę w oparciu o kosztorysy ofertowe – wbrew stanowisku Sądu

Okręgowego - nie dowodzi, że strony umówiły się na kosztorysowe, a nie ryczałtowe wynagrodzenie. Zapis ten dotyczy bowiem tylko sposobu sporządzenia oferty i wyliczenia ceny. Istotna jest natomiast dalsza jego część w której wskazano, że cena oferty powinna obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia i musi być podana w złotych polskich z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku. Wynagrodzenie, wyliczone w wybranej przez zamawiającego ofercie z tak dużą dokładnością, zostało następnie przeniesione do umowy. Wskazał Sąd Apelacyjny, że ani z SIZW, ani z pozostałych dokumentów stanowiących integralną część umowy nie wynika jej kosztorysowy charakter. W dokumentach tych nie wskazano, że przyszłe wynagrodzenie wykonawcy ma być wyliczone w oparciu o rzeczywistą ilość wykonanych robót ani też by wskazana w umowie kwota miała stanowić górną granicę wynagrodzenia kosztorysowego. Przedmiary, do wykonania których oferenci byli zobowiązani, służyły im do przygotowania i merytorycznego uzasadnienia oferty, którą zamawiający musiał zweryfikować, między innymi pod kątem rażąco niskiej ceny. Obowiązek wykonania takich przedmiarów nie oznacza ustalenia wynagrodzenia jako zestawienia planowanych prac i przewidywanych kosztów, w rozumieniu art. 629 k.c., jeśli - jak w rozpoznawanej sprawie - w następnej fazie przetargu i przy zawarciu umowy, kwota wybranej oferty staje się ceną (wynagrodzeniem), za jaką oferent zobowiązuje się wykonać przedmiot umowy.

Do odmiennych wniosków nie prowadzi także zapis zawarty w punktach 6 i 7 STWiORB, w którym zobowiązano wykonawcę do prowadzenia książki obmiarów. Wskazał Sąd, że konieczność prowadzenia obmiaru robót wydaje się oczywista, z uwagi na sposób częściowego rozliczania się stron w trakcie trwania prac, które miało następować potwierdzonymi przez inżyniera kontraktu rachunkami miesięcznymi za wykonane roboty. W taki sposób strony rozliczyły jedynie 90% wykonywanych robót (§ 11 ust. 1 ust. 1). Obmiar robót był również niezbędny w sytuacji rozliczania się stron po odstąpieniu przez jedną z nich od umowy (§ 10 ust. 3). Wymóg dokonywania obmiarów robót nie był zatem podyktowany charakterem umówionego wynagrodzenia. Gdyby było inaczej, strony wprowadziłyby w § 7 umowy powszechny w obrocie gospodarczym zapis, odwołujący się do obliczenia wynagrodzenia w oparciu o stawki jednostkowe

z oferty i ilość faktycznie wykonanych robót, z ustaleniem ceny ofertowej, jako górnej granicy wynagrodzenia. Strony wskazały jednak na ściśle określoną kwotę brutto, jako wynagrodzenie powoda, bez jakichkolwiek dalszych zastrzeżeń.

Zapis o tym, że kontrakt „ma charakter obmiarowy” wystąpił natomiast w odpowiedzi zamawiającego na pytania oferentów, w trakcie postępowania przetargowego, a użycie tego terminu nawiązuje ze swej istoty do kosztorysowego systemu wynagradzania. Nie może mieć on jednak pierwszeństwa przed treścią umowy. Ponadto w odpowiedziach na pytania pozwany w żadnym miejscu nie wskazał wprost, że wynagrodzenie wybranego wykonawcy ma mieć charakter ryczałtowy. Przeciwnie, odpowiadając na pytania 16, 16a i 17 stwierdził, że zapłata za zrealizowane i wykonane roboty nastąpi „zgodnie z kosztorysem ofertowym”, a ewentualne roboty dodatkowe zostaną zlecone w trybie zamówienia z wolnej ręki. W ocenie Sądu Apelacyjnego taka odpowiedź, przy jednoczesnym zastrzeżeniu w umowie zakazu waloryzacji, wprost wskazuje na to, że strony nie dopuszczały zmiany kwoty, wskazanej jako wynagrodzenie w § 7 umowy.

Sąd Apelacyjny podkreślił, że badana sprawa nie jest jedyną, gdzie sądy oceniały charakter uzgodnionego przez strony wynagrodzenia. Upřednio, co najmniej trzykrotnie, uznawały je - z podobną argumentacją - za ryczałtowe, w wyrokach Sądu Okręgowego w K. z dnia 26 stycznia 2018 r, (VII GC (...)) oraz Sądu Apelacyjnego w (...) z dnia 29 maja 2018 roku (I AGa (...)) i z dnia 17 kwietnia 2019 roku (I AGa (...)).

Mimo zaaprobowania stanowiska powoda, co do ryczałтового charakteru należnego mu wynagrodzenia, Sąd Apelacyjny uznał, że wyrok oddalający powództwo odpowiada prawu.

Zajmując takie stanowisko miał na względzie, że powód w uzasadnieniu pozwu sam wskazywał, że powództwo o zapłatę pozostałej części wynagrodzenia ryczałтового składa jedynie „z ostrożności”, a to w obliczu zbliżającego się terminu przedawnienia. Strony oczekiwały wówczas na zakończenie postępowania w sprawie III CSK 148/16, i rozstrzygnięcie przez Sąd Najwyższy, czy powód skutecznie odstąpił od umowy. Gdyby umowa została rozwiązana - wywodził w pozwie powód - wówczas wynagrodzenie miałoby charakter obmiarowy,

stosownie do § 10 umowy regulującego procedurę rozliczenia się stron w razie odstąpienia od umowy. Wynikało z niego, że na stronach spoczywał wówczas obowiązek sporządzenia szczegółowego protokołu inwentaryzacji robót w toku, według stanu na dzień odstąpienia. W razie odstąpienia od umowy z przyczyn, za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności, zamawiający zobowiązany był do rozliczenia się z wykonawcą z tytułu nierozliczonych jeszcze kosztów budowy.

Sąd Okręgowy w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia nie rozważał problemu skuteczności odstąpienia przez powoda od umowy, gdyż przyjęcie kosztorysowego charakteru wynagrodzenia czyniło to zagadnienie bezprzedmiotowym. Odpowiedź na pytanie, czy powód skutecznie odstąpił od umowy, stała się jednak istotna wobec przyjęcia, że wynagrodzenie miało charakter ryczałtowy.

Podjmując ten problem Sąd drugiej instancji wskazał, że w wyroku z dnia 29 maja 2018 r., (I AGa (...)) Sąd Apelacyjny w (...) udzielił na to pytanie odpowiedzi pozytywnej. Przyjął, że w dacie złożenia przez powoda oświadczenia o odstąpieniu od umowy (4 czerwca 2014 r.) pozwany bez uzasadnionej przyczyny pozostawał w co najmniej w 2,5 miesięcznym opóźnieniu w dokonaniu odbioru obiektu, co uprawniało powoda - zgodnie z § 10 ust. 2 punkt 2 - do odstąpienia od umowy. Identyczne stanowisko wyraził Sąd Apelacyjny w (...) w wyroku z dnia 17 kwietnia 2019 r., (I AGa (...)). Pogląd ten należał do istoty rozstrzygnięcia w tych sprawach, dotyczących żądania zapłaty kary umownej, której podstawą naliczenia było odstąpienie od umowy przez wykonawcę z winy zamawiającego. Oznacza to, że są one - zgodnie z art. 365 § 1 k.c. - wiążące w niniejszej sprawie. Niezależnie od powyższego Sąd Apelacyjny podzielił stanowisko wyrażane w sprawach I AGa (...) i I AGa (...) o skuteczności odstąpienia przez powoda od umowy.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego skuteczne odstąpienie przez powoda od umowy przesądza o bezzasadności powództwa. Skoro w związku z odstąpieniem od umowy pozwany powinien zapłacić wynagrodzenie będące różnicą pomiędzy wartością wszystkich obmierzonych robót, a tym co dotychczas zostało zapłacone, powód nie może domagać się dodatkowego wynagrodzenia wyliczonego jako

różnica pomiędzy kwotą wynagrodzenia ryczałtowego a tym co wynika z obmiaru wykonanego i zaakceptowanego przez samego powoda. Na rozprawie apelacyjnej powód zmienił swoje dotychczasowe stanowisko w tym przedmiocie wywodząc, że wykonawca powinien otrzymać taką część wynagrodzenia ryczałtowego, jaką część robót wykonał przed odstąpieniem od umowy z winy zamawiającego. Jeżeli wykonał wszystkie prace, przed złożeniem oświadczenia o odstąpieniu od umowy, powinien otrzymać całe wynagrodzenie ryczałtowe. Zdaniem Sądu Apelacyjnego argumentacja ta jest jednak sprzeczna nie tylko ze stanowiskiem powoda prezentowanym w toku procesu, ale także z brzmieniem § 10 umowy, na który powód sam się powoływał, co czyni powództwo bezzasadnym.

W skardze kasacyjnej powód zaskarżył wyrok Sądu Apelacyjnego w całości wnosząc o jego uchylenie i przekazanie sprawy temu Sądowi do ponownego rozpoznania ewentualnie o uchylenie i orzeczenie co do istoty sprawy przez uwzględnienie powództwa w całości i zasądzenie kosztów postępowania kasacyjnego.

Zaskarżonemu wyrokowi zarzucił naruszenie prawa materialnego art. 65 § 1 i 2 k.c. przez jego błędną wykładnię, polegającą na uznaniu, że z brzmienia § 10 ust. 3 umowy o roboty budowlane z dnia 27 stycznia 2012 r. nie wynika, że powód, który wykonał wszystkie prace przed złożeniem oświadczenia o odstąpieniu od umowy, winien otrzymać całe wynagrodzenie ryczałtowe.

Pozwany w odpowiedzi na skargę wniósł o jej oddalenie i zasądzenie kosztów postępowania kasacyjnego.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Skarga kasacyjna zasługuje na uwzględnienie.

Sąd Apelacyjny podzielił stanowisko powoda, że skutecznie odstąpił od umowy o roboty budowlane z przyczyn obciążających pozwanego, a uzgodnione przez strony wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy. Próba kwestionowania tego stanowiska w odpowiedzi na skargę jest nieskuteczna. Sąd Najwyższy nie rozpoznaje bowiem sprawy toczącej się między stronami, a jedynie skargę kasacyjną w granicach zaskarżenia oraz podstaw i nie może wykroczać poza te granice (art. 398<sup>13</sup> § 1 k.p.c.). Poza kognicją Sądu Najwyższego jest także

badanie prawidłowości orzeczeń zapadłych między stronami w innych sprawach, w tym dotyczących zapłaty kary umownej czy wynagrodzenia kosztorysowego, do których odnosi się pozwany w odpowiedzi na skargę. Sąd Najwyższy nie może również w postępowaniu kasacyjnym uzupełnić ustaleń faktycznych w zakresie wyników postępowań w innych sprawach (art. 398<sup>13</sup> § 2 k.p.c.) i w tym kontekście rozważyć, czy żądanie zgłoszone przez powoda w niniejszej sprawie - uwzględniając kwoty już zapłacone przez pozwanego na ich podstawie, stanowi - jak twierdzi w odpowiedzi na skargę - nadużycie prawa podmiotowego.

U podstaw oddalenia apelacji legło stwierdzenie, że wobec skutecznego odstąpienia od umowy, strony powinny rozliczyć się kosztorysowo, co przyznawał powód w pozwie odwołując się do konsekwencji rozwiązania umowy i co jest przedmiotem innego postępowania. Wprawdzie w toku postępowania apelacyjnego powód zmienił stanowisko w tym przedmiocie, ale jest ono - w ocenie Sądu Apelacyjnego - w świetle § 10 umowy bezpodstawne.

Nie można odmówić racji skarżącemu, że Sąd Apelacyjny prezentując tego rodzaju pogląd, nie dokonał jednak - z naruszeniem art. 65 § 2 k.c. - w najmniejszym nawet stopniu wykładni umowy łączącej strony, ograniczając się do lakonicznego odesłania do treści § 10 umowy i pierwotnego stanowiska powoda, co do sposobu jego rozumienia. W konsekwencji nie zastosował wypracowanych w orzecznictwie kryteriów wykładni umów (por. m.in. uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z 29 czerwca 1995 r., III CZP 66/95, OSNC 1995, nr 12, poz. 168 oraz wyroki Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 1998 r., I PKN 532/97, OSNAPiUS 1999, nr 3, poz. 81, z dnia 8 czerwca 1999 r., II CKN 379/98, OSNC 2000 r., nr 1, poz. 10, z dnia 7 grudnia 2000 r., II CKN 351/00, OSNC 2001, nr 6, poz. 95, z dnia 15 października 2010 r., V CSK 36/10, niepubl., z dnia 8 października 2004 r., V CK 670/03, OSNC 2005, nr 9, poz. 162, z dnia 29 kwietnia 2009 r., II CSK 614/08, niepubl., z dnia 15 października 2010 r., V CSK 36/10, niepubl., i z dnia 21 lutego 2013 r., IV CSK 463/12, niepubl.).

Podkreślenia jednak wymaga, że przyczyniła się do tego niekonsekwentna postawa samego powoda, który wytoczył dwa procesy o zapłatę wynagrodzenia po odstąpieniu od umowy, jeden oparty na założeniu, że strony powinny się w takiej

sytuacji rozliczyć kosztorysowo, a drugi, że powinny się rozliczyć ryczałtem. Wynikało to z braku pewności po stronie powoda, czy odstąpienie od umowy było skuteczne i według jakich zasad powinno być w takiej sytuacji naliczane wynagrodzenie (k. 6 - 7, k. 214). Mimo przesądzenia w innych sprawach toczących się między stronami, że odstąpienie powoda od umowy było skuteczne, zmodyfikował on następnie swoje stanowisko twierdząc, że także w takiej sytuacji strony powinny się jednak rozliczyć ryczałtem.

W § 10 ust. 1 i 2 umowy strony przewidziały umowne uprawnienie odstąpienia od umowy (art. 395 § 1 k.c.), w tym dla wykonawcy w sytuacji, gdy zamawiający, bez uzasadnionej przyczyny odmawia odbioru robót lub podpisania protokołu odbioru (§ 10 ust. 2 pkt 2). W § 10 ust. 3 umowy określiły jedynie spoczywające na nich obowiązki w przypadku odstąpienia od umowy (k. 35 - 41). Wykonawca przy udziale zamawiającego w terminie 10 dni od daty odstąpienia od umowy powinien: sporządzić szczegółowy protokół inwentaryzacji robót w toku, zabezpieczyć przerwane roboty na koszt tej strony, która spowodowała odstąpienie, sporządzić wykaz tych materiałów, konstrukcji lub urządzeń, które nie mogą być przez niego wykorzystane do realizacji innych robót nieobjętych umową, jeżeli odstąpienie od umowy nastąpiło z innych przyczyn niezależnych od niego, zgłosić do dokonania odbioru roboty przerwane oraz zabezpieczające, jeżeli odstąpienie od umowy nastąpiło z przyczyn, za które nie ponosi odpowiedzialności, oraz niezwłocznie, nie później niż w terminie 30 dni usunąć z terenu budowy urządzenia zaplecza przez niego dostarczone lub wzniesione (§ 10 ust. 3 pkt 1 - 4). Zamawiający w razie odstąpienia od umowy z przyczyn, za które wykonawca nie odpowiada, zobowiązany był natomiast do: dokonania odbioru robót przerwanych oraz zapłaty wynagrodzenia za roboty, które zostały wykonane do dnia odstąpienia, odkupienia materiałów, konstrukcji lub urządzeń określonych w § 10 ust. 3 pkt 3 umowy, rozliczenia się z wykonawcą z tytułu nierozliczonych w inny sposób kosztów budowy obiektów zaplecza urządzeń związanych z zagospodarowaniem i uzbrojeniem terenu budowy, chyba że wykonawca wyrazi zgodę na przejęcie tych obiektów i urządzeń, przejęcia od wykonawcy pod swój dozór terenu budowy (§ 10 ust. 3 pkt 5).

W § 10 ust. 3 pkt 5 umowy strony nałożyły zatem na zamawiającego

obowiązek - w przypadku odstąpienia od umowy z przyczyn za które wykonawca nie odpowiada - zapłaty przewidzianego umową wynagrodzenia za roboty, które zostały wykonane do dnia odstąpienia, co oznacza, że odstąpienie miało wywoływać skutek *ex nunc*, a nie *ex tunc*. Kluczowe jest zatem rozstrzygnięcie, czy powinno to być wynagrodzenie ryczałtowe czy kosztorysowe. Sąd Apelacyjny w motywach rozstrzygnięcia ograniczył się do odwołania do § 10 umowy, nie wyjaśniając - poza przywołaniem stanowiska powoda przytoczonego w pozwie (k. 2-7), - z czego wnosi, że strony uzgodniły w nim po odstąpieniu od umowy kosztorysowy sposób rozliczenia.

To bliżej nieumotywowane stanowisko nie zasługuje na podzielenie. To nie pogląd powoda, lecz wykładnia umowy łączącej strony i prawo materialne znajdujące zastosowanie w sprawie decyduje bowiem o sposobie rozliczenia stron po odstąpieniu od umowy. Ponadto powód miał prawo modyfikować argumentację prawną wspierającą jego stanowisko przytaczane na poparcie powództwa, co uczynił w toku postępowania apelacyjnego. Dokonywanie wykładni nie uzasadnia natomiast przypisania czynnościom prawnym treści, jakie nie wynikają ani z nich, ani z ustawy, ani z zasad współżycia społecznego czy ustalonych zwyczajów (art. 56 k.c.). Odmienne kwestią jest, że zachowanie stron *ex post* po zawarciu umowy w kontekście całokształtu zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego może wskazywać na rzeczywisty sposób rozumienia złożonych oświadczeń woli. Do tego rodzaju kryteriów wykładni umowy Sąd Apelacyjny się jednak nie odwoływał.

Wynagrodzenie należne za wykonanie robót strony określiły w § 7 umowy (w brzmieniu ustalonym w § 2 aneksu nr [...]1) określając je na kwotę 117 053 926, 79 zł brutto (k. 43). Tak ustalone wynagrodzenie, nie podlegające waloryzacji do końca trwania umowy, ma charakter ryczałtowy obejmując wszystkie koszty związane z wykonaniem robót ( § 7 ust. 2 umowy). Strony na wypadek odstąpienia przez wykonawcę od umowy z przyczyn obciążających zamawiającego przewidziały obowiązek zapłaty za roboty wykonane wynagrodzenia umownego, a zatem ryczałtowego, nie modyfikując - wbrew stanowisku Sądu Apelacyjnego - jego ustalania, w tym w szczególności nie określając, że ma to być wynagrodzenie kosztorysowe. Konstatacji takiej nie można wywieść z nałożonego na strony

obowiązku dokonania inwentaryzacji robót wykonanych, skoro ma ona służyć ustaleniu stopnia zaawansowania robót i udokumentowania zakresu ich wykonania, a nie określeniu charakteru należnego za ich wykonanie wynagrodzenia. Przewidując obowiązek zapłaty wynagrodzenia za roboty wykonane do daty odstąpienia od umowy strony przyjęły, że wywoła ono jedynie skutki *ex nunc*. Gdyby było inaczej przewidziałyby obowiązek zapłaty za wykonane roboty budowlane na podstawie rzeczywistej wartości wykonanych prac (art. 395 § 2 k.c. i art. 494 § 1 k.c.), a nie odwoływały by się do wysokości umówionego wynagrodzenia. Sam fakt wskazywania przez powoda na konieczność rozliczenia kosztorysowego po odstąpieniu od umowy i ustalenia przez strony w inwentaryzacjach wartości robót określonej w sposób kosztorysowy, również oceny tej nie zmienia. Może jednak świadczyć o sposobie rozumienia przez strony umowy w zakresie zasad rozliczenia po odstąpieniu od umowy i być istotną przesłanką interpretacji umowy w tym zakresie. W tym jednak kontekście Sąd Apelacyjny wykładni umowy nie dokonywał.

Z wiążącej Sąd Najwyższy podstawy faktycznej zaskarżonego orzeczenia wynika, że odstąpienie od umowy nastąpiło z uwagi na bezzasadną odmowę przez pozwanego odbioru robót, co do których uzyskał decyzję o pozwoleniu na ich użytkowanie i które w dacie odstąpienia zostały wykonane w całości. Z treści § 10 ust. 3 umowy wynika natomiast, że odstąpienie od umowy miało mieć skutek *ex nunc*, a na pozwanym spoczywał obowiązek zapłaty wynagrodzenia za roboty wykonane do dnia odstąpienia. Do chwili odstąpienia od umowy podstawą rozliczeń za wykonane prace budowlane jest umowa. Skoro do odstąpienia od umowy doszło po wykonaniu wszystkich robót budowlanych, to mogło ono dotyczyć jedynie tych obowiązków stron, które miały być wykonane już po złożeniu oświadczenia o odstąpieniu od umowy. Wniosek taki należy wyprowadzić zarówno z § 10 ust. 3 umowy, jak i z treści art. 491 § 2 k.c., uregulowanie to może być bowiem pomocne do ustalenia zakresu umownego odstąpienia od umowy ze względu na charakter świadczenia obu stron wówczas, gdy zakresu tego strony nie określiły (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 września 2011 r., I CSK 696/10, OSP 2012, nr 7-8, poz. 78). Pozwany dopuścił się bowiem zwłoki tylko co do części świadczenia polegającego na odbiorze końcowym obiektu, a właściwość świadczenia strony,

która poparła w zwłokę z wykonaniem swojego zobowiązania, nie stała na przeszkodzie częściowemu odstąpieniu od umowy. Takie umowne uregulowanie przez strony skutków odstąpienia od umowy o roboty budowlane zostało w orzecznictwie Sądu Najwyższego zaaprobowane. W sytuacji, gdy odstąpienie od umowy odnosi się jedynie do tej jej części, która nie została wykonana, powodowi należyne jest ustalone w umowie wynagrodzenie za roboty wykonane (por. m.in. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 9 września 2011 r., I CSK 696/10, z dnia 13 marca 2013 r., IV CSK 508/12, niepubl., z dnia 23 stycznia 2008 r., V CSK 379/07, OSNC – ZD 2008, nr 4, poz.108, z dnia 5 listopada 2008 r., I CSK 198/08, niepubl., i z dnia 20 kwietnia 2006 r., III CSK 11/06, niepubl.). W sprawie nie powstaje przy tym budzący wątpliwości w orzecznictwie i doktrynie problem podzielności świadczenia wykonawcy umowy o roboty budowlane z perspektywy obiektywnych uwarunkowań technologicznych obiektu budowlanego (art. 379 § 2 k.c.). (por. m.in. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 14 marca 2002 r., IV CSK 821/00, niepubl., z dnia 4 czerwca 2002 r., I CK 1/02, niepubl., z dnia 19 marca 2004 r., IV CK 172/03, OSNC 2005, nr 3, poz. 56, z dnia 16 listopada 2005 r., V CK 350/05, Biul. SN 2006, nr 3, poz. 11, z dnia 16 marca 2013 r., V CSK 260/12, OSNC - ZD 2014, nr 3, poz. 49, i z dnia 29 listopada 2018 r., IV CSK 378/17, niepubl.). Z podstawy faktycznej rozstrzygnięcia wynika bowiem, że powód wykonał roboty budowlane w całości.

Niewątpliwie żądanie zapłaty zarówno wynagrodzenia kosztorysowego, jak i ryczałtowego jest każdorazowo uzależnione od wykonania robót określonych w umowie. W orzecznictwie Sądu Najwyższego wyrażono - zasługujące na podzielenie stanowisko - że w przypadku niewykonania przez wykonawcę wszystkich robót, za które w umowie zostało przewidziane wynagrodzenie ryczałtowe, podlega ono proporcjonalnemu obniżeniu, stosownie do zakresu niewykonanej części, co nie przekreśla ryczałtowego charakteru tego wynagrodzenia (por. m.in. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 25 marca 2015 r., II CSK 389/14, niepubl., z dnia 16 sierpnia 1972 r., III CRN 202/72, OSNC 1973, nr 5, poz. 81, i z dnia 29 stycznia 1985 r., II CR 494/84, niepubl.). Jeżeli zatem wolą stron było, by za wykonanie robót powód otrzymał wynagrodzenie ryczałtowe, a odstąpienie od umowy, do którego doszło z przyczyn obciążających pozwanego,

wywoływało skutki *ex nunc*, to powód ma prawo do uzyskania wynagrodzenia ryczałtowego za roboty budowlane, w takiej proporcji, w jakiej je wykonał. Jeżeli przedmiot zamówienia został wykonany w całości, po stronie powoda powstało zatem prawo do żądania całego uzgodnionego przez strony wynagrodzenia ryczałtowego. Jeżeli roboty nie zostały wykonane w całości, lecz w części, to wynagrodzenie należne wykonawcy powinno być określone proporcjonalnie do wykonania. Sąd Apelacyjny nie przeanalizował jednak w tym zakresie postanowień umowy łączącej strony, zakładając jak się wydaje, że oświadczenie o odstąpieniu od umowy spowodowało skutki *ex tunc* i nie dokonał ich wykładni uwzględniającej zgodny zamiar stron i cel zastrzeżenia przez nie zasad rozliczeń po odstąpieniu od umowy.

Jedynie w przypadku, gdyby doszło do odstąpienia od umowy w całości ze skutkiem *ex tunc*, nie wywiera ona skutków prawnych, jej ustalenia nie mogą być zatem podstawą do określenia wysokości należnego wykonawcy świadczenia. Zastosowanie wówczas znajdzie art. 494 k.c. (a przy umownym prawie odstąpienia art. 395§ 2 k.c.), a strony powinny zwrócić sobie to, co uzyskały na podstawie umowy. W przypadku, gdy zwrot świadczenia wykonawcy nie jest możliwy w naturze, powinien on uzyskać jego równowartość obliczoną według cen rynkowych, co sprowadza się do wyliczenia kosztorysowej wartości wykonanych przez niego robót (por. m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 stycznia 2015 r., V CSK 197/14, niepubl.).

Ubocznie dostrzeżenia wymaga, że Sąd Apelacyjny nie zweryfikował także jak roszczenie dochodzone pozwem ma się do kwoty dochodzonej przez powoda w sprawie VIII GC (...) Sądu Okręgowego w K. (k. 305) i nie poczynił ustaleń dotyczącej relacji między tymi sprawami. Jak wyżej wskazano Sąd Najwyższy w postępowaniu kasacyjnym jest związany podstawą faktyczną zaskarżonego orzeczenia wynikającą z jego uzasadnienia i nie jest w nim dopuszczalne powoływanie nowych faktów i dowodów ani czynienie przez Sąd Najwyższy nowych ustaleń faktycznych (art. 398<sup>3</sup> § 3 i 398<sup>13</sup> § 2 k.p.c.). Pozwany w odpowiedzi na skargę twierdzi, że powód dochodzi w niniejszej sprawie części świadczenia, które jest przez niego dochodzone także w sprawie VIII GC (...) Sądu Okręgowego w K. (k. 305). Powód z kolei już w pozwie wskazywał, że kwota dochodzona pozwem

(1 490 488,56 zł) stanowi różnicę między ryczałtową wartością wynagrodzenia, a wartością obmiarową przyjętą przez niego po inwentaryzacji robót mającą miejsce po odstąpieniu od umowy (117 053 926,79 zł - 115 563 438,23 zł). Kwota dochodzona przez powoda w sprawie VIII GC (...) (1 062 548,08 zł) nie obejmuje zatem w żadnym stopniu roszczenia dochodzonego w niniejszej sprawie, a dotyczy jedynie różnicy między obmiarem powoda (115 563 438,23 zł) a obmiarem pozwanego (114 510 992,64 zł) i przyjętą przez niego wysokością należnego powodowi wynagrodzenia kosztorysowego (k. 6). Stanowi zatem jedynie część należnego mu wynagrodzenia. Skoro przed Sądami toczą się dwie sprawy dotyczące żądania zapłaty wynagrodzenia wykonawcy za tę samą inwestycję na podstawie tej samej umowy, w oparciu o odmienne założenia powoda (wynagrodzenie kosztorysowe i ryczałtowe), to poczynienie w tym zakresie ustaleń faktycznych jest niezbędne tak dla prawidłowego zastosowania prawa materialnego, jak i ewentualnego zakresu związania prawomocnym orzeczeniem sądu (art. 365 § 1 k.p.c.).

Z przytoczonych względów Sąd Najwyższy na podstawie art. 398<sup>15</sup> § 1 oraz art. 108 § 2 w zw. z art. 391 § 1 i art. 398<sup>21</sup> k.p.c. orzekł, jak w sentencji.